

An alle
öffentlichen Auftraggeber:innen und
Sektorenauftraggeber:innen

Mag. Julia Meszaros
Sachbearbeiterin

julia.meszaros@bmj.gv.at
+43 1 521 52-302118
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
vergaberecht@bmj.gv.at zu richten.

Geschäftszahl: 2024-0.771.815

Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 22.10.2024, Rs C-652/22, *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*; kein Recht auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren für Wirtschaftsteilnehmer:innen aus Drittstaaten, die keine internationale Übereinkunft mit der EU im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geschlossen haben; keine Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zum Erlass von Regelungen über den Zugang zu Vergabeverfahren; Rundschreiben

Das Bundesministerium für Justiz (idF: BMJ) erlaubt sich, aus Anlass des gegenständlichen Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union (idF: EuGH) folgende Information an öffentliche Auftraggeber:innen und Sektorenauftraggeber:innen (idF: Auftraggeber:innen) gemäß dem Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018), dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) und dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 (BVergGVS 2012) zu übermitteln.

1. Ausgangsverfahren

Eine kroatische Sektorenauftraggeberin, die HŽ Infrastruktura d.o.o. (idF: HŽ Infrastruktura), führte ein Vergabeverfahren für den Bau einer Eisenbahninfrastruktur mit einem geschätzten Auftragswert von rund 271 Mio. Euro nach dem Bestangebotsprinzip durch. Als Nachweis für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit sahen die

Ausschreibungsunterlagen die Vorlage von Referenzprojekten im Schienen- oder Straßeninfrastrukturbau mit einem Gesamtwert von mindestens rund 4 Mio. Euro vor.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 25.1.2022 teilte die HŽ Infrastruktura den verbliebenen Bieter:innen mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag der Strabag AG, einer Gesellschaft österreichischen Rechts, der Strabag d.o.o., einer Gesellschaft kroatischen Rechts, und der Strabag Rail a.s., einer Gesellschaft tschechischen Rechts (idF: Bietergemeinschaft Strabag), zu erteilen. Diese Entscheidung wurde nach Erhebung eines Rechtsmittels durch die Mitbewerberin Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret (idF: Kolin İnşaat), ein Unternehmen mit Sitz in der Türkei, von der (kroatischen) Kontrollkommission mit der Begründung, die Bietergemeinschaft Strabag habe ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit nicht ordnungsgemäß nachgewiesen, als rechtswidrig aufgehoben.

Daraufhin forderte die HŽ Infrastruktura die Bietergemeinschaft Strabag am 6.4.2022 zur Vorlage einer ergänzten Aufstellung der erbrachten Bauleistungen samt einer Bestätigung über deren ordnungsgemäße Ausführung sowie deren Abschluss auf. Dieser Aufforderung kam die Bietergemeinschaft Strabag am 7.4.2022 nach, wobei die übermittelte Aufstellung auch eine neue Referenz enthielt. Nach Aufforderung durch die HŽ Infrastruktura ergänzte die Bietergemeinschaft Strabag die Aufstellung am 21.4.2022 um weitere Unterlagen. Nach einer Überprüfung und Neubewertung der Angebote teilte die HŽ Infrastruktura am 28.4.2022 den verbleibenden Bieter:innen neuerlich mit, dass sie beabsichtige, der Bietergemeinschaft Strabag den Zuschlag zu erteilen.

Diese neue Zuschlagsentscheidung wurde wiederum durch die türkische Mitbewerberin Kolin İnşaat bei der (kroatischen) Kontrollkommission mit der Begründung angefochten, die an die Bietergemeinschaft Strabag gerichtete Aufforderung zur Ergänzung der Aufstellung der Bauleistungen sei rechtswidrig. Die Kontrollkommission wies dieses Rechtsmittel mit Bescheid vom 15.6.2022 zurück. Dagegen brachte Kolin İnşaat Klage auf Aufhebung beim Visoki upravni sud (Hohes Verwaltungsgericht, Kroatien) ein und berief sich u.a. auf den Grundsatz der Gleichbehandlung gemäß Art. 36 der Sektorenrichtlinie (idF: RL 2014/25/EU). In diesem Zusammenhang hat der Visoki upravni sud beschlossen, dem EuGH drei Fragen betreffend die Auslegung von Art. 36 und 67 der RL 2014/25/EU zur Vorabentscheidung vorzulegen.

2. Zusammenfassung der Urteilsbegründung

Der EuGH kommt im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Vorlagefragen zum Ergebnis, dass sich Kolin İnşaat als Wirtschaftsteilnehmerin aus einem Drittstaat, nämlich der

Republik Türkei, nicht auf die Bestimmungen der RL 2014/25/EU berufen kann. Da die Auslegung der Art. 36 und 76 der RL 2014/25/EU damit für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits nicht erheblich sein kann, sei das Vorabentscheidungsersuchen unzulässig.

Zunächst stellt der Gerichtshof fest, dass die Union gegenüber bestimmten Drittstaaten durch internationale Übereinkünfte (unter anderem durch das GPA¹) gebunden ist, die den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer:innen der EU zu öffentlichen Aufträgen in diesen Drittstaaten und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer:innen dieser Drittstaaten zu öffentlichen Aufträgen in der EU in wechselseitiger und gleicher Weise gewährleisten. Art. 43 der RL 2014/25/EU² spiegle diese internationalen Verpflichtungen der Union wider, indem er bestimmt, dass die Auftraggeber:innen der Mitgliedstaaten, soweit „sie“³ durch das GPA oder andere internationale für die Union rechtsverbindliche Übereinkommen⁴ erfasst sind, auf Wirtschaftsteilnehmer:innen aus Drittstaaten, die ein solches Übereinkommen unterzeichnet haben, keine ungünstigeren Bedingungen anwenden als auf Wirtschaftsteilnehmer:innen aus der EU. Wirtschaftsteilnehmer:innen aus diesen Drittstaaten komme ein Recht auf eine nicht ungünstigere Behandlung zu; sie können sich daher auf die Bestimmungen der RL 2014/25/EU berufen⁵ (Rn 41 ff. des Urteiles).

Betreffend Wirtschaftsteilnehmer:innen aus Drittstaaten, die bislang noch keine solche internationale Übereinkunft mit der Union geschlossen haben, betont der Gerichtshof, dass das Unionsrecht es – mangels von der Union erlassener Ausschlussmaßnahmen – zwar nicht verbiete, diese Wirtschaftsteilnehmer:innen zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren nach der RL 2014/25/EU⁶ zuzulassen. Jedoch hindere das Unionsrecht diese Wirtschaftsteilnehmer:innen daran, sich im Rahmen ihrer Teilnahme an einem solchen

¹ WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (WTO-Agreement on Government Procurement). Eine Übersicht der Vertragsparteien des GPA findet sich auf der Homepage der WTO unter https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm. Für die Europäische Union ergibt sich der Anwendungsbereich des GPA aus deren Verpflichtungsliste gemäß Appendix I (welcher selbst wiederum sieben Anhänge umfasst). Zu den Verpflichtungslisten vgl. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm.

² Vgl. dazu auch die im Wesentlichen wortgleiche Bestimmung in Art. 25 der RL 2014/24/EU. Eine vergleichbare Bestimmung existiert in der RL 2009/81/EG nicht, da Beschaffungen in deren Anwendungsbereich nicht unter das GPA fallen (so auch explizit ErwGr 18 der RL 2009/81/EG).

³ Präziser: soweit die von diesen Auftraggeber:innen vergebenen Aufträge von den Übereinkommen erfasst sind.

⁴ Für eine Übersicht der Länder, mit denen die EU Abkommen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geschlossen hat, siehe https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/public-procurement_en.

⁵ Vgl. ErwGr 27 der RL 2014/25/EU; siehe auch ErwGr 17 der RL 2014/24/EU.

⁶ Selbiges muss nach Auffassung des BMJ auch für die Konzessionsvergaberichtlinie (idF: RL 2014/23/EU) und die RL 2014/24/EU gelten.

Verfahren auf diese Richtlinie zu berufen und eine Gleichbehandlung ihres Angebots zu fordern. Der Unionsgesetzgeber habe die unionsrechtlichen Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen eingeführt, um einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten; dazu gehöre schlechthin der Grundsatz der Gleichbehandlung.⁷ Die Einbeziehung von Wirtschaftsteilnehmer:innen aus Drittstaaten, die keine entsprechende internationale Übereinkunft mit der Union geschlossen haben, in den Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen würde bewirken, dass ihnen ein Recht auf eine nicht ungünstigere Behandlung verliehen würde. Dies stelle jedoch einen Verstoß gegen Art. 43 der RL 2014/25/EU dar, der die Inanspruchnahme dieses Rechts auf Wirtschaftsteilnehmer:innen, die mit der Union eine entsprechende Übereinkunft geschlossen haben, beschränke (Rn 44 bis 46 des Urteiles).

Der Gerichtshof schließt daraus, dass sich das durch Art. 45 Abs. 1 der RL 2014/25/EU allen interessierten Wirtschaftsteilnehmer:innen eingeräumte Recht, bei einem offenen Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags in der Union auf einen Aufruf zum Wettbewerb hin ein Angebot abgeben zu können, nicht auf Wirtschaftsteilnehmer:innen aus Drittstaaten, die keine derartige internationale Übereinkunft mit der Union geschlossen haben, erstreckt. Diese Wirtschaftsteilnehmer:innen seien – wenn sie zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren zugelassen werden – auch nicht berechtigt, sich auf die RL 2014/25/EU zu berufen. Eine andere Auslegung liefe nämlich darauf hinaus, Wirtschaftsteilnehmer:innen aus diesen Drittstaaten einen gleichen Zugang zu den Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Union zu gewährleisten. Die RL 2014/25/EU sei jedoch dahin zu verstehen, dass der Zugang von Wirtschaftsteilnehmer:innen aus diesen Drittstaaten zu Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Union nicht gewährleistet ist und diese Wirtschaftsteilnehmer:innen davon ausgeschlossen werden können (Rn 47 des Urteiles).

Zu diesen Drittstaaten zähle auch die Republik Türkei, die weder das GPA noch eine andere entsprechende Übereinkunft unterzeichnet habe (Rn 48 des Urteiles).⁸ Ein:e türkische:r Wirtschaftsteilnehmer:in könne sich daher – auch wenn der:die Auftraggeber:in dessen:deren Teilnahme am Verfahren akzeptiert habe – nicht auf die Art. 36 und 76 der RL 2014/25/EU berufen, um die Entscheidung über die Vergabe des betreffenden Auftrages anzufechten (Rn 51 des Urteiles).

⁷ Vgl. EuGH 17.9.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, EU:C:2002:495, Rn 81; EuGH 3.6.2021, C-210/20, *Rad Service u.a.*, EU:C:2021:445, Rn 43; EuGH 13.6.2024, *BibMedia*, C-737/22, EU:C:2024:495, Rn 30.

⁸ Siehe zur Argumentation im Hinblick auf das Assoziationsabkommen EU – Türkei samt Zusatzprotokoll im Detail Rn 49 bis 50 des Urteiles.

Der Gerichtshof führt weiter aus, dass nationale Rechtsvorschriften, die Wirtschaftsteilnehmer:innen aus Drittstaaten, die keine internationale Übereinkunft mit der Union über die Gewährleistung des gleichen und wechselseitigen Zugangs zu diesen Aufträgen geschlossen haben, ein Recht auf Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge einräumen, gegen die ausschließliche Zuständigkeit der Union – nämlich die gemeinsame Handelspolitik gemäß Art. 207 iVm Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV– verstoßen (Rn 54 ff des Urteiles). Jeder Rechtsakt mit allgemeiner Geltung, der speziell den Zweck hat, die Modalitäten festzulegen, unter denen die Wirtschaftsteilnehmer:innen eines Drittstaats an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in der Union teilnehmen können, könne sich auf den Handel mit Waren und Dienstleistungen zwischen diesem Drittstaat und der Union direkt und sofort auswirken; solche Rechtsakte fallen daher nach Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der Union (Rn 57 des Urteiles).⁹ Der ausschließliche Charakter dieser Zuständigkeit der Union werde auch durch Art. 86 der RL 2014/25/EU sowie durch die IPI-VO¹⁰ bestätigt (Rn 58 und 59 des Urteiles). Auch der Abschluss einer Übereinkunft über die Gewährleistung des Zuganges der Wirtschaftsteilnehmer:innen eines Drittstaats zu den in der RL 2014/25/EU genannten Sektoraufträgen im Bereich des „Verkehrssektors“¹¹ falle in die ausschließliche Zuständigkeit der Union, nämlich in die Zuständigkeit nach Art. 3 Abs. 2 AEUV (Rn 60 des Urteiles).

Der Gerichtshof betont, dass die Mitgliedstaaten aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der Union nur mit deren Ermächtigung tätig werden dürfen. Eine Ermächtigung, gesetzgeberisch tätig zu werden oder verbindliche Rechtsakte über den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer:innen aus einem Drittland, das keine internationale Übereinkunft mit der Union geschlossen hat, zu den Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu erlassen, liege nicht vor (Rn 62 des Urteiles).

In Ermangelung von Rechtsakten der Union sei es, so der Gerichtshof, Sache des:der jeweiligen Auftraggeber:in, zu beurteilen, ob Wirtschaftsteilnehmer:innen aus einem Drittstaat, der keine internationale Übereinkunft mit der Union über die Gewährleistung

⁹ Vgl. dazu EuGH 16.5.2017, Gutachten 2/15, *Freihandelsabkommen EU-Singapur*, EU:C:2017:376, Rn 76 und 77.

¹⁰ Verordnung (EU) 2022/1031 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.6.2022 über den Zugang von Wirtschaftsteilnehmern, Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum Unionsmarkt für öffentliche Aufträge und Konzessionen und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Wirtschaftsteilnehmern, Waren und Dienstleistungen aus der Union zu den Märkten für öffentliche Aufträge und Konzessionen von Drittländern (Instrument betreffend das internationale Beschaffungswesen – IPI), ABI L 2022/173, 1.

¹¹ Internationale Abkommen im Bereich des Verkehrs fallen gemäß Art. 207 Abs. 5 AEUV nicht in den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik.

des gleichen und wechselseitigen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen geschlossen hat, zu einem Verfahren für die Vergabe eines öffentlichen Auftrages zuzulassen sind. Werde dies durch den:die Auftraggeber:in bejaht, müsse er:sie beurteilen, ob eine Bewertungsanpassung bei den Angeboten dieser Wirtschaftsteilnehmer:innen im Vergleich zu den Angeboten anderer Wirtschaftsteilnehmer:innen vorzusehen ist. Dem:der Auftraggeber:in stehe es vor dem Hintergrund, dass diese Wirtschaftsteilnehmer:innen kein Recht auf eine nicht ungünstigere Behandlung nach Art. 43 der RL 2014/25/EU genießen, frei, in die Ausschreibungsunterlagen Behandlungsmodalitäten aufzunehmen, die den objektiven Unterschied zwischen der Rechtsstellung dieser Wirtschaftsteilnehmer:innen einerseits und der Rechtsstellung der Wirtschaftsteilnehmer:innen aus der Union und aus den Drittstaaten, die eine solche Übereinkunft geschlossen haben, andererseits widerspiegeln (Rn 63 f des Urteiles).

Der Gerichtshof betont, dass es zwar denkbar sei, dass die Modalitäten der Behandlung dieser Wirtschaftsteilnehmer:innen bestimmten Anforderungen, wie denen der Transparenz oder der Verhältnismäßigkeit, entsprechen müssen; ein Rechtsbehelf eines:einer dieser Wirtschaftsteilnehmer:innen, mit dem gerügt wird, dass der:die Auftraggeber:in solche Anforderungen nicht beachtet habe, könne jedoch nur anhand des nationalen Rechts und nicht anhand des Unionsrechts geprüft werden (Rn 66 des Urteiles).

Abschließend zieht der Gerichtshof den Schluss, dass die Auslegung der Art. 36 und 76 der RL 2014/25/EU damit in keiner Weise für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits erheblich sein kann. Das Vorabentscheidungsersuchen sei daher unzulässig (Rn 68 f des Urteiles).

3. Schlussfolgerungen des Bundesministeriums für Justiz

Mit dem vorliegenden Urteil hat der EuGH erstmals klargestellt, dass **Unternehmen aus Drittstaaten, die weder Vertragsparteien des GPA sind noch eine sonstige internationale Übereinkunft mit der Union über die Gewährleistung des gleichen und wechselseitigen Zuganges zu öffentlichen Aufträgen geschlossen haben, kein Recht auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren zukommt**. Ebenso wenig kommt ihnen ein Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren zu; sie können sich im Verfahren auch nicht auf die Bestimmungen der Vergaberichtlinien berufen.

Ein Drittstaatsunternehmen (Unternehmen aus einem Drittstaat) ist jedes Unternehmen, das kein EU-Unternehmen ist. Als EU-Unternehmen gelten jedenfalls natürliche Personen mit Unionsbürgerschaft, die etwa als Einzelunternehmer:innen tätig sind. Darüber hinaus

sind unter den Begriff der EU-Unternehmen – gemäß ständiger Rechtsprechung des EuGH zu Art. 54 AEUV – auch juristische Personen zu subsumieren, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der EU haben.¹² Die Nationalität der Gesellschafter ist dabei unerheblich.¹³ Folglich gelten auch Zweigniederlassungen und Tochterunternehmen von Konzernen mit Sitz in Drittstaaten als EU-Unternehmen, sofern sie die genannten Voraussetzungen erfüllen.

Art. 43 der RL 2014/25/EU (ebenso wie der im Wesentlichen gleichlautende Art. 25 der RL 2014/24/EU) bestimmt, dass Auftraggeber:innen auf Bauleistungen, Lieferungen, Dienstleistungen und Wirtschaftsteilnehmer:innen aus den Unterzeichnerstaaten des GPA und anderer internationaler Übereinkommen keine ungünstigeren Bedingungen anwenden als auf Bauleistungen, Lieferungen, Dienstleistungen und Wirtschaftsteilnehmer:innen aus der Europäischen Union, *„soweit sie durch die Anhänge 3, 4 und 5 sowie die Allgemeinen Anmerkungen zur Anlage I der Europäischen Union zum GPA sowie die anderen internationalen für die Union rechtsverbindlichen Übereinkommen erfasst sind“*.

Bereits aus der Formulierung der unionsrechtlichen Grundlagen (arg. „soweit“) ist erschließbar, dass ein unbeschränkter Zugang zu den Beschaffungsmärkten der Union nur dann existiert, falls dies in den einschlägigen Abkommen vorgesehen ist. Typischer Weise enthalten die Abkommen jedoch Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf bestimmte Kategorien von Auftraggebern (z.B. zentral/sub-zentral) oder Auftragsarten.¹⁴ Vor dem Hintergrund der Aussagen des EuGH im gegenständlichen Urteil ist daher festzuhalten, dass auch im Fall des Vorliegens eines Abkommens **im Einzelfall zu untersuchen** ist, **ob die konkrete Vergabe in den Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens fällt** und demgemäß die Wirtschaftsteilnehmer:innen aus dem betreffenden Drittstaat die sich daraus ergebenden Rechte geltend machen können.

Während sich zwar bereits aus dem Wortlaut von Art. 25 der RL 2014/24/EU und Art. 43 der RL 2014/25/EU ableiten lässt, dass Unternehmen aus Drittstaaten, die weder das GPA unterfertigt noch ein sonstiges einschlägiges Übereinkommen mit der Union geschlossen

¹² Vgl. EuGH 25.10.2017, C-106/16, *POLBUD – WYKONAWSTWO*, Rn 32; EuGH 14.10.2004, C-99/02, *Kommission gegen Niederlande*, Rn 16, mwN.

¹³ *Enzinger in Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 54 AEUV Rz 20 (Stand 1.6.2022, rdb.at) unter Berufung auf EuGH 14.10.2004, C-99/02, *Kommission gegen Niederlande*, Rn 17 ff.

¹⁴ Vgl. dazu etwa Anhang 7 von Appendix I des GPA, der die „General Notes“ (Ausnahmen und Vorbehalte) der Vertragsparteien auflistet. Typisch etwa auch Art. 19 und Anhang 19 des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens (CETA) zwischen Kanada und der EU, ABl. Nr. L 11 vom 14.01.2017 S. 23.

haben, keinen Anspruch auf **Zugang zum Beschaffungsmarkt** der Union haben und sie daher ausgeschlossen werden dürfen,¹⁵ herrschte bislang Unklarheit betreffend die **Rechtsstellung** solcher Bieter:innen nach ihrer Zulassung **im Vergabeverfahren**.

In Österreich bestimmen die §§ 20 Abs. 2 und 193 Abs. 2 BVergG 2018 sowie § 14 Abs. 2 BVergGKonz 2018, dass „*die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bietern aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprunges*“ von den in den jeweiligen Abs. 1 genannten vergaberechtlichen Grundsätzen unberührt bleibt. Dadurch wird das Gleichbehandlungsgebot nach dem Willen des Gesetzgebers auf das völkerrechtlich erforderliche Ausmaß beschränkt. Der Gesetzgeber ging dabei davon aus, dass es soweit „*keine unionsrechtlichen oder völkerrechtlichen Verpflichtungen bestehen, [...] dem Auftraggeber [obliegt], über den Zugang zum Vergabeverfahren zu entscheiden.*“ Gleichzeitig nahm er jedoch an, dass ein Unternehmen aus einem Drittstaat, dem dieser Zugang gewährt wurde, „*ab diesem Zeitpunkt dieselben Rechte wie ein inländisches Unternehmen*“ genießt.¹⁶

Diese Ansicht des Gesetzgebers kann aufgrund des vorliegenden Urteils des EuGH nicht mehr aufrechterhalten werden. **Entgegen den Ausführungen in den ErläutRV** kommt Unternehmer:innen aus Drittstaaten, die nicht Vertragspartei eines einschlägigen Übereinkommens sind, **auch im Fall ihrer Zulassung zu einem Vergabeverfahren** durch die Auftraggeber:innen **kein Recht auf Gleichbehandlung gemäß den Vergaberichtlinien** zu. Auftraggeber:innen obliegt nicht nur die Entscheidung, ob solche Wirtschaftsteilnehmer:innen zu einem Vergabeverfahren nach dem BVergG 2018 bzw. dem BVergGKonz 2018 zugelassen werden; es steht ihnen auch frei, bei den Angeboten dieser Bieter:innen eine Bewertungsanpassung im Vergleich zu den Angeboten der übrigen Bieter:innen vorzunehmen. Da Unternehmer:innen aus Drittstaaten ohne entsprechendes Übereinkommen mit der Union sich auch nicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung stützen können, bleibt es Auftraggeber:innen auch unbenommen, diese Bieter:innen bzw. Bewerber:innen jederzeit – nach Ansicht des BMJ aus unionsrechtlicher Sicht auch **ohne Angabe von Gründen** – von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.

Unternehmer:innen aus Drittstaaten, die nicht Vertragspartei eines einschlägigen Übereinkommens sind, können sich nach dem Urteil des EuGH allenfalls darauf stützen, dass die Modalitäten ihrer Behandlung bestimmten nationalen Anforderungen wie denen

¹⁵ Siehe dazu auch bereits die Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt, C(2019) 5494 final, ABI C 2019/271, 43.

¹⁶ Vgl. ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 53.

der Transparenz oder Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen. Ein Rechtsbehelf eines solchen Unternehmens aus einem Drittstaat, mit dem die Nichtbeachtung derartiger Anforderungen gerügt wird, könnte **nur anhand rein nationalen Rechts** und nicht anhand von Unionsrecht oder nationalem Recht das Unionsrecht umgesetzt geprüft werden.¹⁷ Da das BVergG 2018 bzw. das BVergGKonz 2018 spezifische Regelungen zur Umsetzung von Unionsrechtsakten darstellen,¹⁸ bedeutet dies insbesondere, dass sich diese Unternehmen **nicht auf die vergaberechtlichen Bestimmungen und Grundsätze** berufen können und ihnen in Österreich der **vergabespezifische Rechtsmittelweg** zu den Landesverwaltungsgerichten bzw. dem Bundesverwaltungsgericht zur Stellung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages **verwehrt** ist. Anhand welchen nationalen Rechts solche Rechtsbehelfe zu messen wären, lässt der EuGH offen. Nach Ansicht des BMJ wäre hier insbesondere an etwaige Ansprüche aufgrund von *culpa in contrahendo* zu denken;¹⁹ es bleibt jedoch der innerstaatlichen Rechtsprechung überlassen, diesen Aspekt einer Klärung zuzuführen.

Um die Erfolgsaussichten solcher Ansprüche zu reduzieren, ist Auftraggeber:innen dringend zu empfehlen, bereits **in der Bekanntmachung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen** festzulegen, ob Bieter:innen bzw. Bewerber:innen aus Drittstaaten, die weder das GPA unterfertigt noch ein sonstiges einschlägiges Übereinkommen mit der Union geschlossen haben, zum Vergabeverfahren zugelassen werden, bzw. darauf hinzuweisen, dass sich der:die Auftraggeber:in deren Diskriminierung (z.B. Ausschluss vom Vergabeverfahren allenfalls auch ohne Angabe von Gründen, Bewertungsanpassung des Angebotes im Vergleich zu den Angeboten der übrigen Bieter:innen, etc.) nach Zulassung zum Vergabeverfahren ausdrücklich vorbehält.

Langen Angebote bzw. Teilnahmeanträge von Bieter:innen bzw. Bewerber:innen aus Drittstaaten ein, sollte der:die Auftraggeber:in umgehend prüfen, ob Unternehmer:innen aus diesem Drittstaat ein Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren zukommt. Aufgrund

¹⁷ Vgl. Rn 65 und 66 des Urteiles.

¹⁸ Vgl. dazu die in § 382 BVergG 2018 bzw. § 123 BVergGKonz angeführten Unionsrechtsakte und die in den ErläutRV 69 BlgNR 26. GP vielfach explizit ausgewiesene Intention des Gesetzgebers.

¹⁹ Vgl. dazu etwa OGH 22.11.1994, 4 Ob 573/94 (*„Interessenten an öffentlichen Ausschreibungen haben den vorvertraglichen Anspruch auf Gleichbehandlung und genießen daher Schutz vor willkürlicher Diskriminierung.“*), und OGH 29.11.1989, 1 Ob 663/89 (*„Der erkennende Senat hat in seiner Entscheidung WBl 1988, 342 unter Berufung auf das Schrifttum ausgesprochen, daß die Grundsätze der Lehre von den vorvertraglichen Sorgfaltspflichten auch im Vergabeverfahren auf das Rechtsverhältnis zwischen Ausschreibendem und Bietern anzuwenden seien.“*). Zu betonen ist jedoch, dass sich - soweit ersichtlich - weder die Rspr noch die Lehre idZ mit der Frage auseinandergesetzt haben, inwieweit diese Grundsätze auch auf Bieter:innen aus Drittstaaten mit keinem garantierten Marktzugang anzuwenden sind.

der Komplexität dieser Beurteilung²⁰ empfiehlt das BMJ Auftraggeber:innen die Verwendung des von der Kommission entwickelten Online-Tools *Access2Market*,²¹ welches Auftraggeber:innen nach Ausfüllen eines Formulars einen Überblick über die Staaten bietet, deren Unternehmen zur Teilnahme am konkreten Vergabeverfahren berechtigt sind. Stellt sich heraus, dass die Union mit dem entsprechenden Drittstaat kein einschlägiges Übereinkommen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geschlossen hat bzw. der Anwendungsbereich eines derartigen Abkommens nicht eröffnet ist, kann der:die Auftraggeber:in den:die Bieter:in bzw. Bewerber:in zum Vergabeverfahren zulassen oder ausschließen bzw. auch nach erfolgter Zulassung zum Vergabeverfahren gegebenenfalls unterschiedlich behandeln.²² Besteht hingegen ein entsprechendes Übereinkommen, genießt der:die Bieter:in bzw. Bewerber:in dieselbe Rechtsstellung wie ein Unionsunternehmen.

Spezifisch für den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich weist das BMJ auf Folgendes hin: Die **Aussagen des EuGH** im gegenständlichen Urteil sind nach Auffassung des BMJ **auch auf Auftragsvergaben im Anwendungsbereich des BVergGVS 2012 übertragbar**. Typischer Weise werden die dem BVergGVS 2012 unterliegenden sensiblen Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen vom Anwendungsbereich von Abkommen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens ausgeschlossen (vgl. etwa Art. III GPA, Art. 19.3 CETA), sodass a priori feststeht, dass kein garantierter Marktzugang in diesem Bereich besteht. Wie ErwGr 18 der RL 2009/81/EG aber ausdrücklich festhält,²³ bedeutet „[d]iese Ausnahmebestimmung ... auch, dass die Mitgliedstaaten im spezifischen Kontext der Verteidigungs- und Sicherheitsmärkte weiterhin befugt sind zu entscheiden, ob ihr Auftraggeber Wirtschaftsteilnehmern aus Drittländern die Teilnahme an Vergabeverfahren gestatten darf“. In Zusammenschau mit den Aussagen des EuGH vertritt das BMJ vorläufig

²⁰ Auftraggeber:innen müssen prüfen, ob der entsprechende Drittstaat das GPA ratifiziert hat, der Anwendungsbereich in Bezug auf die konkrete Beschaffung eröffnet ist und welche Regelungen das GPA für den jeweiligen Drittstaat vorsieht bzw. ob der Drittstaat allenfalls ein sonstiges Übereinkommen mit der Union im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geschlossen hat, das auf die konkrete Beschaffung anwendbar ist; siehe dazu auch *Mesaros/Öhler*, Angebote aus Drittstaaten – Eine vergaberechtliche Einordnung (Teil II), ZVB 2024/86. Eine Übersicht der Vertragsparteien des GPA findet sich auf der Homepage der WTO unter https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm. Für die Europäische Union ergibt sich der Anwendungsbereich des GPA aus deren Verpflichtungsliste gemäß Appendix I (welcher selbst wiederum sieben Anhänge umfasst). Zu den Verpflichtungslisten vgl. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm. Für eine Übersicht der Länder, mit denen die EU Abkommen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geschlossen hat, siehe https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/public-procurement_en.

²¹ Abrufbar unter <https://webgate.ec.europa.eu/procurementbuyers/#/procurementlocation>.

²² Das BMJ weist idZ nochmals ausdrücklich darauf hin, dass die Frage des Bestehens von rein nationalen Rechten hinsichtlich derartiger Unternehmer:innen derzeit noch nicht abschließend geklärt ist, vgl. schon oben FN 19.

²³ Eine vergleichbare Aussage findet sich in den RL 2014/23/EU, 2014/24/EU oder 2014/25/EU nicht.

die Auffassung, dass Wirtschaftsteilnehmer:innen aus Drittstaaten bei Auftragsvergaben im Anwendungsbereich des BVergGVS 2012 **generell** keine Rechte aus dem BVergGVS 2012 ableiten können und der vergabespezifische Rechtsschutz ebenfalls nicht eröffnet ist.²⁴

Der zweite wichtige Aspekt, den der EuGH mit dem vorliegenden Urteil bestätigt, ist die mangelnde Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regulierung des Marktzuganges im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Bereits in seinem Gutachten 2/15, *Freihandelsabkommen EU-Singapur*, hatte der EuGH festgehalten, dass die „Festlegung der Modalitäten, unter denen die Wirtschaftsteilnehmer jeder Vertragspartei an den Vergabeverfahren teilnehmen können, die von den öffentlichen Stellen der anderen Vertragspartei organisiert werden“ in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt.²⁵ Diese Aussage wiederholt der Gerichtshof im vorliegenden Urteil. Den Mitgliedstaaten ist somit die Erlassung wie auch die Beibehaltung derartiger Regelungen nicht gestattet.²⁶

Das BMJ weist darauf hin, dass derzeit ein weiteres Verfahren betreffend die Behandlung von Wirtschaftsteilnehmer:innen aus Drittstaaten, die kein einschlägiges Übereinkommen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens mit der Union geschlossen haben, beim EuGH anhängig ist (Rs C-266/22, *CRRC Qingdao Sifang ua*). Sollten sich aus dem Urteil des EuGH in dieser Rechtssache neue Erkenntnisse ergeben, wird das BMJ darüber in einem gesonderten Rundschreiben informieren.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, ihre nachgeordneten Dienststellen sowie die ihrem Wirkungsbereich zugeordneten Auftraggeber:innen von diesem Rundschreiben zu informieren.

23. Dezember 2024

Für die Bundesministerin:

FRUHMANN

Elektronisch gefertigt

²⁴ Ob und inwieweit die oben angeführte spezifische Aussage in der RL 2009/81/EG im Vergleich zu den anderen Vergaberichtlinien zu differenzierenden Schlussfolgerungen im Kontext des vorliegenden Urteiles führen könnte, wird derzeit von der Kommission und den Mitgliedstaaten diskutiert.

²⁵ EuGH 16.5.2017, Gutachten 2/15, *Freihandelsabkommen EU-Singapur*, EU:C:2017:376, Rn 76 und 77 sowie (für den Verkehrsbereich) 219 ff.

²⁶ Inwieweit diese Aussage im Licht von Art. 346 AEUV auch auf den Bereich „Verteidigung und Sicherheit“ übertragbar ist, ist Gegenstand von Diskussionen auf Unionsebene.